De nieuwe aanmerkelijk-belangregeling

Mw. mr. I. J. F. A. van Vijfeijken

1 Inleiding

Op 20 maart jongstleden is de nieuwe regeling inzake het aanmerkelijk belang in werking getreden[1]. Aanleiding tot deze wetswijziging was de zogenaamde verwateringsconstructie. Een aandeelhouder bezat een aanmerkelijk belang indien hij (al dan niet te zamen met zijn echtgenoot) meer dan 7% van het nominale gestorte kapitaal in een BV/NV bezat *en* te zamen met de relevante verwanten voor ten minste 1/3 deel participeerde in het nominale gestorte kapitaal. De wettekst spreekt van 'nominaal gestort kapitaal' en de Hoge Raad legde de nadruk op de grammaticale interpretatie van het oude lid 3 van artikel 39. Reeds in BNB 1974/132 en 133 besliste de Hoge Raad dat aandelen die niet delen in het liquidatiesaldo (bijvoorbeeld preferente aandelen) wel meetellen voor de bepaling van de omvang van het aandelenkapitaal[2]. In BNB 1988/289, 290 en 291 zijn vervolgens verwateringsconstructies (door uitgifte van preferente of prioriteitsaandelen aan derden, bijvoorbeeld een bank) aan de Hoge Raad voorgelegd. De Hoge Raad overwoog dat indien de verwatering haar oorzaak vond in het oogmerk tot belastingverijdeling, toch geen sprake was van fraus legis nu er geen sprake was van strijd met doel en strekking van de wet. Er restte de staatssecretaris toen niets anders dan reparatiewetgeving in te dienen. Via een ingrijpend amendement van Vreugdenhil/Van der Vaart is een zeer gecompliceerde regeling tot stand gekomen.
Naast het normale ('echt') aanmerkelijk belang, het aflopend aanmerkelijk belang en het fictief aanmerkelijk belang zijn twee nieuwe begrippen geïntroduceerd. Met ingang van 20 maart jongstleden kent de Wet op de inkomstenbelasting tevens een groepsaanmerkelijk belang en een soort-aanmerkelijk belang. In geval van een groepsaanmerkelijk belang worden de criteria ter beoordeling van de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang aangelegd op de soorten aandelen waarin de betrokken aandeelhouder participeert. In geval van een soort-aanmerkelijk belang worden de criteria ter beoordeling van de aanwezigheid van een aanmerkelijk belang aangelegd per soort aandelen waarin de desbetreffende aandeelhouder participeert.

Eerst zal bekeken worden in welke gevallen sprake is van een aanmerkelijk belang waarbij de verschillende volzinnen van het derde lid besproken zullen worden (paragraaf 2). Daarna wordt de omvang van de aanmerkelijk-belangwinst besproken. Met de reparatiewetgeving is mede een verzachtingsregel en een opstapregeling in de wet opgenomen (paragraaf 3). Tot slot wordt nog kort aandacht besteed aan de verliesverrekening (paragraaf 4).

2 Het nieuwe derde lid van artikel 39 Wet IB 1964

2.1. Het echte aanmerkelijk belang

In de eerste volzin van artikel 39 derde lid, is geen wijziging aangebracht. Deze regelt het echt aanmerkelijk belang. Voor de toepassing van de eerste volzin is echter wel de nieuwe tweede volzin van belang:

> *'Voor de toepassing van de vorige volzin blijven buiten aanmerking aandelen waarvan de winstgerechtigdheid is beperkt tot een divi-*

Mw. Mr. I. J. F. A. van Vijfeijken is als universitair docent werkzaam bij het Fiscaal Instituut Tilburg en tevens verbonden aan Coopers & Lybrand belastingadviseurs.

dend van ten hoogste 10 percent per jaar van het op die aandelen nominaal gestorte kapitaal, welk dividend voor zover mogelijk ook jaarlijks wordt uitgekeerd, en welke aandelen voorts bij ontbinding van de vennootschap niet delen in de reserves van de vennootschap; eveneens blijft buiten aanmerking het nominaal gestorte kapitaal van die aandelen'.

Op grond van deze volzin blijft, bij de bepaling of een aandeelhouder een echt aanmerkelijk belang heeft, preferent aandelenkapitaal buiten beschouwing. Dit kapitaal telt dus niet mee bij de 7% en 33⅓% grens. Tevens leidt de vervreemding van preferente aandelen niet tot een aanmerkelijk belangheffing.
Van preferente aandelen in de zin van de tweede volzin is sprake indien:
- de winstgerechtigdheid van de aandelen is beperkt tot een dividend van ten hoogste 10% per jaar van de nominale waarde èn;
- de aandelen bij ontbinding van de vennootschap niet delen in de reserves èn;
- het dividend op de desbetreffende aandelen 'voor zover mogelijk' uitgekeerd wordt.

Indien een aandeelhouder een aflopend aanmerkelijk belang gecreëerd heeft door bijplaatsing van preferente aandelen (bijvoorbeeld bij de bank) dan tellen, onder de nieuwe regeling, deze preferente aandelen niet meer mee voor de bepaling van de aanmerkelijk-belangpositie van de aandeelhouder(s). Dit betekent dat bij de oorspronkelijke aandeelhouder(s) de aanmerkelijk-belangpositie herleeft tot een echt aanmerkelijk belang op de datum dat de nieuwe wet in werking treedt. Indien een aandeelhouder van het begin af aan geen aanmerkelijk-belangpakket heeft gehad, omdat veel preferente aandelen uitstonden bij anderen, heeft de wetswijziging ook voor hem gevolgen. Omdat op grond van de nieuwe tweede volzin het preferent aandelenkapitaal voor de bepaling van de aanmerkelijk-belangpositie buiten beschouwing blijft, komt deze aandeelhouder plotseling in een aanmerkelijk-belangpositie terecht. Voor deze situatie is geen overgangsbepaling of iets dergelijks in het leven geroepen.

2.2 Het groeps- en soort-aanmerkelijk belang

Indien de aandeelhouder geen echt aanmerkelijk belang heeft, kan hij op grond van het nieuwe derde lid toch onder de aanmerkelijk-belangregeling vallen, omdat hij een groeps- of soort-aanmerkelijk belang heeft. Het eerste deel van de derde volzin van het derde lid bepaalt hieromtrent het volgende:

'Ingeval de vennootschap in de loop van de laatste vijf jaren verschillende soorten nominaal gestort kapitaal heeft gehad, wordt, (...) ook een aanmerkelijk belang in een soort aanwezig geacht indien met betrekking tot die soort wordt voldaan aan de eerste volzin, mits de belastingplichtige aldus gerechtigd is tot enig vermogensbestanddeel of reserve van de vennootschap waarin niet alle aandeelhouders (...) voor gelijke delen zijn gerechtigd'.

In dit verband is tevens de vierde volzin van belang:

'Ingeval de belastingplichtige in de loop van de laatste vijf jaren aandeelhouder is geweest in verschillende soorten nominaal gestort kapitaal, wordt de derde volzin allereerst toegepast als waren die soorten een soort; ingeval alsdan geen aanmerkelijk belang aanwezig is, wordt die volzin toegepast per soort'.

Allereerst komt dus de zogenaamde groepsbenadering aan de orde. Bij de aandeelhouder worden de aanmerkelijk-belangcriteria aangelegd over alle soorten aandelen, die *hij* in zijn bezit heeft, gerelateerd aan het totale nominale gestorte kapitaal van die soorten. Deze groepsbenadering komt dus alleen aan de orde indien de betrokken aandeelhouder niet deelneemt in alle soorten aandelen, die de NV/BV heeft uitstaan. Heeft de aandeelhouder een groepsaanmerkelijk belang, dan geldt de aanmerkelijk-belangregeling voor al de in zijn bezit zijnde aandelen.

Voorbeeld 1:

De BV A heeft drie soorten nominaal aandelenkapitaal uitstaan: aandelen A, B en C ieder nominaal

ƒ 100.000. Een van de aandeelhouders neemt voor ƒ 30.000 deel in A, voor ƒ 60.000 in B. Hij participeert niet in C. De aanmerkelijk-belangcriteria worden aangelegd over de soorten die hij bezit. Hij bezit alleen A en B aandelen, hij neemt dus deel in nominaal ƒ 200.000 aandelenkapitaal. Zijn aandeel daarin bedraagt ƒ 30.000 + ƒ 60.000 = ƒ 90.000 zodat hij voor 45% participeert in het voor hem relevante aandelenkapitaal. Zowel de aandelen A als de aandelen B behoren tot zijn aanmerkelijk-belangpakket (ook al participeert hij 'slechts' voor 30% in het aandelenkapitaal A).

Indien de aandeelhouder geen groepsaanmerkelijk belang heeft, moet vervolgens bezien worden of hij wellicht een *soort*-aanmerkelijk belang heeft. Per soort aandelen, die de aandeelhouder bezit, worden de aanmerkelijk-belangcriteria aangelegd. Alleen voor die soorten aandelen, die voldoen aan het meer dan 7% en het 33⅓% criterium, geldt dan de aanmerkelijk-belangregeling en niet voor de andere soorten aandelen, die in zijn bezit zijn.

Voorbeeld 2:

De uitgangspunten zijn hetzelfde als in het hierboven vermelde voorbeeld. De BV heeft drie soorten aandelenkapitaal uitstaan: A, B en C ieder voor nominaal ƒ 100.000. Nu participeert de aandeelhouder in de aandelen A voor ƒ 30.000, in de aandelen B voor ƒ 60.000 en in de aandelen C voor ƒ 1.000. Zijn totale participatie in het nominale aandelenkapitaal bedraagt ƒ 91.000 op ƒ 300.000 zodat hij geen echt aanmerkelijk belang bezit. De groepsbenadering gaat voor hem niet op omdat hij in alle soorten kapitaal deelneemt. Nu dient per soort bekeken te worden of hij aan de aanmerkelijk-belangcriteria voldoet. In het aandelenkapitaal A participeert hij voor 30% zodat deze aandelen geen soort-aanmerkelijk belang vormen. Hetzelfde geldt voor zijn deelname in het aandelenkapitaal C (slechts 1%). In het aandelenkapitaal B heeft hij echter een belang van 60% zodat zijn aandelen B kwalificeren als een soort-aanmerkelijk belang. De winst of het verlies dat hij realiseert ingeval hij die aandelen vervreemdt, heeft invloed op de belastingheffing. Indien hij de aandelen A of C verkoopt, raakt dit de aanmerkelijk-belangheffing niet[3].

Uit de voorbeelden 1 en 2 blijkt dat door de participatie van ƒ 1.000 in het aandelenkapitaal C de aandeelhouder in plaats van groeps-aanmerkelijk-belanghouder, houder van een aanmerkelijk belang in een soort wordt. Dit betekent dat hij de aandelen A in voorbeeld 2 zonder belastingheffing over de winst kan verkopen terwijl hij in voorbeeld 1 20% aanmerkelijk-belangheffing daarover verschuldigd was. Tevens kan de soort-aanmerkelijk-belanghouder een beroep doen op de hierna nog te bespreken verzachtingsregel en opstapregel.

2.3 Soort aandelen

In verband met de nieuwe derde volzin is het van belang te weten wanneer sprake is van 'soort' aandelen. De staatssecretaris heeft dit toegelicht in de MvT (pagina 5):

> 'Van verschillende soorten nominaal gestort kapitaal in een vennootschap (...) is sprake indien niet alle aandelen in dat kapitaal onderling vervangbaar, dat wil zeggen: dooreen leverbaar, zijn. Daarbij kan met name worden gedacht aan aandelen die onderling verschillen omdat daarin ongelijke rechten zijn belichaamd ten aanzien van de jaarwinst en/of de (dividend)reserves van de vennootschap en voorts aan aandelen die onderling verschillen omdat zij niet dezelfde stemrechten vertegenwoordigen; ook combinaties van de bedoelde verschillen kunnen zich uiteraard voordoen'.

In de MvA (pagina 5) geeft hij als voorbeeld van aandelen die niet dooreen leverbaar zijn de letteraandelen met dividendreserves waarvan de omvang niet gelijk is. Alleen indien dividendreserves (nog) niet zijn gevormd, of deze even groot zijn, zullen de desbetreffende letteraandelen wel onderling verwisselbaar kunnen zijn, dus dooreen leverbaar. Het gaat dus om het *feitelijk* niet verwisselbaar zijn, om tot een soort te kunnen concluderen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel van de staatssecretaris is echter grondig gewijzigd

door het amendement van Vreugdenhil en Van der Vaart. In de toelichting op dit amendement wordt opgemerkt dat het in de soortbenadering gaat om aandelen die een bijzondere gerechtigdheid kennen tot een vermogensbestanddeel of een reserve van de vennootschap. Hierbij is dan primair gedacht aan aandelen waaraan een zogenaamde eigen dividendreserve is verbonden. Voorts kan in dit kader worden gedacht aan aandelen die met uitsluiting van andere aandelen zijn gerechtigd tot de stille reserves met betrekking tot bepaalde vermogensbestanddelen van de vennootschap. Ook valt hieronder de situatie dat niet alle aandelen voor gelijke delen zijn gerechtigd tot het overschot dat bij liquidatie van de vennootschap aanwezig blijkt te zijn[4].

In de vijfde volzin van artikel 39, lid 3 Wet IB 1964 is vastgelegd dat:

> *'Voor de toepassing van de derde volzin* (de soortbenadering; IvV) *worden aandelen in een vennootschap en de aandelen in die vennootschap, die zich daarvan onderscheiden uitsluitend doordat aan die aandelen andere dan vermogensrechtelijke aanspraken zijn verbonden, beschouwd als behorende tot een soort'.*

Dit betekent dat aandelen waaraan specifieke rechten – niet zijnde vermogensrechten – zijn toegekend, zoals prioriteitsaandelen, niet als een afzonderlijke soort worden beschouwd. Ook aandelen, die uitsluitend van elkaar verschillen door een afwijkende aanbiedingsplicht worden als behorend tot één soort beschouwd. Blijkens de parlementaire behandeling is van verschillende soorten aandelen sprake indien de aandelen niet dooreen leverbaar zijn. In de derde volzin wordt echter een andere terminologie gebruikt. Een soort-aanmerkelijk belang kan zich voordoen indien de vennootschap verschillende soorten kapitaal heeft, *mits de belastingplichtige aldus gerechtigd is tot enig vermogensbestanddeel of reserve van de vennootschap waarin niet alle aandeelhouders voor gelijke delen zijn gerechtigd.*

De termen 'niet onderling verwisselbaar/niet dooreen leverbaar' en 'niet voor gelijke delen gerechtigd' zijn echter geen synoniemen. Van Dijck[5] wijst in dit verband op volgestorte en niet-volgestorte aandelen. Dergelijke aandelen zijn immers 'niet dooreen leverbaar' doch impliceren geen 'ongelijke gerechtigdheid'. Voor de winstverdeling wordt immers aangesloten bij de deelname in het geplaatste kapitaal zodat de aandeelhouders van de volgestorte en niet volgestorte aandelen voor gelijke delen gerechtigd zijn. Voor zover de statuten niet anders bepalen, delen de aandeelhouders in de beschikbare winst naar evenredigheid van het bedrag van de *verplichte* storting op hun aandelen.

In de MvA aan de Eerste Kamer gaat de staatssecretaris in op deze problematiek.

Hij zet uiteen dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van verschillende soorten kapitaal, het criterium 'niet dooreen leverbaar/niet onderling verwisselbaar' geldt. Is er in beginsel sprake van een aanmerkelijk belang in een soort, dan volgt de toets van de onevenredige gerechtigdheid[6]. Als ik de staatssecretaris goed begrijp dient de toets als volgt aangelegd te worden: eerst wordt beoordeeld òf er sprake is van verschillende soorten aandelen, door middel van het criterium 'niet dooreen leverbaar/niet onderling verwisselbaar'. Leidt deze toets tot de conclusie dat sprake is van verschillende soorten *aandelen* dan staat nog niet vast dat sprake is van een soort-*aanmerkelijk belang*. Van een aanmerkelijk belang ingevolge die soortbenadering is dan uitsluitend sprake indien niet alle aandeelhouders voor gelijke delen zijn gerechtigd. Met andere woorden: niet elke soort aandelen kwalificeert voor een soort-aanmerkelijk belang. Slechts die soort die van de ander verschilt door een ongelijke gerechtigdheid tot enig vermogensbestanddeel of reserve kan tot een soort-aanmerkelijk belang leiden. Alleen binnen deze redenering is de opmerking van de staatssecretaris te verklaren dat volgestorte en niet volgestorte aandelen een afzonderlijke soort zijn.

Gezien de tekst van de wet kan, door aandelen niet vol te storten, de participatie in het nominale *gestorte* kapitaal beneden de 1/3 grens blijven, terwijl ook binnen de soortbenadering geen aanmerkelijk belang aanwezig is omdat alle aandeelhouders voor gelijke delen gerechtigd zijn[7]. In de jurisprudentie inzake de aanmerkelijk-belangre-

geling hecht de Hoge Raad veel betekenis aan de letterlijke tekst.

Voor wat betreft letteraandelen verdienen in ander verband twee uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch[8] aandacht. In beide gevallen werd de aan de dividendreserve toegevoegde winst geacht te zijn genoten door de aandeelhouder van de tot de reserve gerechtigde aandelen. Op het moment van bijboeking werd het dividend geacht ter beschikking te zijn gesteld c.q. vorderbaar en inbaar te zijn geweest, waarna de aandeelhouder het teruggestort heeft in de vennootschap. Deze uitspraken zijn niet onomstreden, gezien de reacties in de literatuur[9]. Uit de MvA bij het wetsvoorstel inzake de herziening van de regeling van inkoop van eigen aandelen en uit de MvA bij het wetsvoorstel inzake de beperkte reparatie van het regime inzake de winst uit aanmerkelijk belang blijkt dat de staatssecretaris een toevoeging aan de 'eigen' reserve mogelijk acht zonder genietingsmoment[10]. Het lijkt evenwel raadzaam de nodige voorzichtigheid hieromtrent te betrachten. Juch[11] adviseert in dit verband de te verdelen winst niet als kortlopende schuld op de balans op te nemen maar tot het eigen vermogen van de vennootschap te rekenen. Daarnaast is het wellicht verstandig – doch vaak ongewenst vanuit de aandeelhouder bezien – de besluitvorming omtrent de uitkering uit de geletterde dividendreserve dan wel de goedkeuring daarvan eveneens statutair bij de algemene vergadering van aandeelhouders te laten.

3 De omvang van de winst

3.1 De verzachtingsregel

De winst uit aanmerkelijk-belang bestaat – globaal gesproken - uit het verschil tussen de overdrachtsprijs en de verkrijgingsprijs. Voor het echte, echt aflopend en fictief aanmerkelijk belang is er wat dat betreft niets veranderd. Voor het groeps- en soort-aanmerkelijk belang geldt echter op grond van het tweede deel van de derde volzin een andere wijze van winstbepaling:

> *'ingeval de aandelen in de loop van de laatste vijf jaren ten aanzien van de belastingplichtige (.....) niet tot een aanmerkelijk belang ingevolge de eerste volzin dan wel ingevolge artikel 40, derde lid behoorden, blijft, in afwijking in zoverre van het eerste lid, van het voordeel uit de vervreemding buiten aanmerking het gedeelte waarvan blijkt dat dit geen verband houdt met de aangroei van de waarde van het bedoelde vermogensbestanddeel of de bedoelde reserve in de periode waarin de belastingplichtige (.....) aandeelhouder zijn geweest'.*

Op grond van deze volzin wordt de aanmerkelijk-belangwinst beperkt tot de waarde-aangroei van de aan de aandelen gekoppelde reserves gedurende de bezitsperiode van de aandeelhouder[12]. Een eventuele vergoeding voor de in de aandelen besloten liggende goodwill blijft voor de bepaling van de aanmerkelijk-belangwinst dan buiten beschouwing. Dit geldt echter alleen indien de groeps- of soort-aandelen de laatste vijf jaren niet tot een echt, echt aflopend of fictief aanmerkelijk belang behoord hebben. Indien derhalve een aandelenpakket van een echt aanmerkelijk belang tot een groeps- of soort-aanmerkelijk belang is verworden, zal de aandeelhouder tot 10 jaar na het moment waarop het echt aanmerkelijk belang ophield te bestaan, moeten wachten met de verkoop om verzachtingsregel toe te kunnen passen. De bewijslast dat de waarde-aanwas van de dividendreserve minder is dan het verschil tussen de overdrachtsprijs en de verkrijgingsprijs, ligt bij belastingplichtige.

Voorbeeld 3:

Een aandeelhouder bezit 40% van het nominale gestorte kapitaal in een BV. Het totale nominale gestorte kapitaal bedraagt *f* 100.000. De aandeelhouder bezit een echt aanmerkelijk belang. De mede-aandeelhouders behoren niet tot de relevante verwanten. Op 1 juni 1990 worden door de BV nieuwe aandelen uitgereikt en volgestort. Er worden twee nieuwe series geplaatst van elk *f* 100.000 nominaal, de series B en C. De oorspronkelijke aandelen krijgen de letter A. Er is sprake van drie soorten aandelen. Na de emissie heeft de aandeelhouder nog steeds *f* 40.000 aandelen A.

De aandelen A vormen vanaf de emissie een soort-aanmerkelijk belang. Gedurende de eerste vijf jaar vormen deze aandelen tevens een aflopend aanmerkelijk belang. Gedurende deze periode (tot en met 1 juni 1995) wordt de vervreemdingswinst bepaald volgens de normale regels. Na deze datum zijn deze aandelen alleen een aanmerkelijk belang vanwege de soortbenadering. Indien hij de aandelen vóór 1 juni 2000 verkoopt, wordt de vervreemdingswinst eveneens bepaald door het verschil te nemen tussen de overdrachtsprijs en de verkrijgingspijs. De vervreemdingswinst wordt pas beperkt tot de waarde-aangroei van de dividendreserve A gedurende de bezitsperiode van de aandeelhoudert ná 1 juni 2000. Vanaf die dag kan immers niet meer gezegd worden dat de desbetreffende aandelen in de afgelopen vijf jaar hebben behoord tot een echt dan wel een aflopend aanmerkelijk belang.

3.2 De opstapregel

In artikel 79 van de Wet op de inkomstenbelasting is de zogenaamde opstapregeling opgenomen. Dit betekent dat de verkrijgingsprijs aan de aandelen wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer per 1 januari 1990. Deze opstapregeling geldt slechts voor aandelen die op 1 januari 1990 niet als aanmerkelijk belang kwalificeerden en ten tijde van de vervreemding wel tot een aanmerkelijk belang behoren vanwege de soortbenadering (en dus niet vanwege de uitsluiting van preferente aandelen). Als voor deze aandelen eveneens de historische kostprijs als verkrijgingsprijs zou gelden, zou de soortbenadering verstrekkende gevolgen hebben. Door de opstapregeling wordt bereikt dat slechts de waardeaanwas *vanaf 1 januari 1990* in de heffing betrokken wordt. Belastingplichtige moet het bewijs omtrent de waarde van de aandelen op 1 januari 1990 leveren. Aangesloten wordt bij de waarde die voor vermogensbelasting op 1 januari 1990 in aanmerking is genomen[13].

Voorbeeld 4:

De BV heeft vier verschillende soorten kapitaal uitstaan, elk nominaal ƒ 100.000: aandelenkapitaal A, B, C en D, geplaatst bij resp. A, B, C en D, (niet verwant). Geen van de vier aandeelhouders heeft een aanmerkelijk belang in de zin van de eerste volzin, het totale nominale gestorte kapitaal bedraagt ƒ 400.000 waarin ieder voor 25% participeert. Door de nieuwe soort-benadering heeft ieder van de aandeelhouders een aanmerkelijk belang omdat ieder 100% in zijn eigen soort heeft.
Dus op 1 januari 1990 bezaten zij geen aanmerkelijk-belangpakket. Na de wetswijziging bezitten zij elk een 100% soort-aanmerkelijk belang. Indien A na 20 maart 1991 overgaat tot verkoop van zijn pakket A aandelen kan hij verzoeken om toepassing van de opstapregeling. Door de soortbenadering bezit hij immers met ingang van 20 maart 1991 een aanmerkelijk belang. Hij bezit 100% van de aandelen in de soort A.

Indien dus een aandeelhouder door de soortbenadering in een aanmerkelijk-belangpositie terecht komt, mag hij als verkrijgingsprijs de waarde in het economische verkeer op 1-1-1990 nemen. Indien de aandeelhouder echter door de bepaling van de tweede volzin (uitsluiting van preferent kapitaal) in een aanmerkelijk-belangpositie terecht komt, geldt de opstapregeling niet. Hij moet uitgaan van zijn historische verkrijgingsprijs. Hierdoor wordt bereikt dat de belastingplichtige die na de arresten van de Hoge Raad uit 1988 preferente aandelen heeft bijgeplaatst met de bedoeling vijf jaar later de aandelen belastingvrij te verkopen, weer in een echte aanmerkelijkbelangpositie terecht is gekomen.
Indien de aandeelhouder door de aanwezigheid van preferent kapitaal in handen van anderen, van het begin af aan geen aanmerkelijk belang heeft gehad, geldt voor hem de opstapregeling niet. Door de wetswijziging komt hij weliswaar in een aanmerkelijk-belangpositie terecht, dit vindt echter niet zijn oorzaak in de soortbenadering, maar in de tweede volzin van het derde lid.

De opstapregeling komt echter wel in aanmerking indien de preferente aandelen omgezet worden in quasi-preferente aandelen. Onder quasi-preferente aandelen wordt verstaan aandelen die net niet voldoen aan de voorwaarden als vermeld in

de tweede volzin. Dit kan op eenvoudige wijze worden bereikt door het dividend op deze aandelen te verhogen tot 11% per jaar of in het desbetreffende jaar het dividend niet uit te keren, terwijl de winst dit wel toelaat. Door het niet meer voldoen aan de voorwaarden van de tweede volzin ontstaan de zogenaamde quasi-preferente aandelen die als een aparte soort worden beschouwd. Dit betekent dat de aandeelhouder van de gewone aandelen een beroep kan doen op de opstapregeling, want hij had op 1 januari 1990 geen (echt, aflopend of fictief) aanmerkelijk belang en door de soort benadering bezit hij ten tijde van de vervreemding een aanmerkelijk belang.

Uit de MvA Eerste Kamer blijkt dat de verzachtingsregel en de opstapregel samen kunnen lopen. Indien een aandeelhouder door de soortbenadering in een aanmerkelijk-belangpositie terecht komt, brengt de opstapregel met zich mee dat zijn verkrijgingsprijs wordt gesteld op de waarde in het economische verkeer per 1 januari 1990. De vervreemdingswinst wordt bepaald volgens de verzachtingsregel[14], hetgeen betekent dat slechts de aangroei van de aan de aandelen gekoppelde reserve als winst verantwoord behoeft te worden. Blijkens het voorbeeld in de MvA wordt slechts de waarde-aangroei van de reserve vanaf 1 januari 1990 belast.

Voorbeeld 5[15]:

Aandeelhouder A bezit 25% van het totale nominaal gestorte kapitaal. Deze 25% omvat alle aandelen A. De overige 75% van de uitstaande aandelen zijn een andere soort. A heeft de aandelen in 1980 gekocht voor ƒ 25.000. De stand van de dividendreserve op dat moment was nihil.
Op 1 januari 1990 bedroeg de waarde van de aandelen ƒ 80.000. De stand van de dividendreserve op die datum was ƒ 25.000.
Op 1 juni 1991 vervreemdt A de aandelen voor ƒ 90.000, de dividendreserve bedraagt op dat moment ƒ 30.000.
Als de hoofdregel van toepassing zou zijn, zou A een aanmerkelijk-belangwinst realiseren van ƒ 90.000 – ƒ 25.000 = ƒ 65.000. Omdat hij door de soortbenadering in een aanmerkelijk-belangpositie terecht is gekomen, geldt voor hem de opstapregel. Zijn verkrijgingsprijs wordt gesteld op ƒ 80.000 hetgeen een aanmerkelijk-belangwinst zou betekenen van ƒ 10.000. Blijkens de MvA geldt nu echter ook de verzachtingsregel. De aanwas van de dividendreserve vanaf 1 januari 1990 bedraagt ƒ 5.000 zodat A dit bedrag als aanmerkelijk-belangwinst in aanmerking mag nemen.
Dit voorbeeld heeft merkwaardige gevolgen. Artikel 79 behelst een ophoging van de verkrijgingsprijs voor groeps- en soort-aanmerkelijk-belangpakketten. Artikel 39, lid 3, derde volzin, tweede deel mitigeert de winst, die behaald wordt met een groeps- of soort-aanmerkelijk belang.
De hoofdregel is nog steeds de overdrachtsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. In artikel 79 wordt een concretisering van de verkrijgingsprijs gegeven in een bepaald geval (het soort-aanmerkelijk-belangpakket dat op 1-1-1990 ingevolge de op die datum geldende wetgeving geen aanmerkelijk-belangpakket was). Voor dergelijke pakketten geldt eveneens de verzachtingsregel. Op bladzijde 11 van de MvA aan de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris op dat de verzachtingsregel met zich meebrengt dat de aangroei van de aan de aandelen gekoppelde winstreserve gedurende de gehele bezitsperiode bij de aandeelhouder in aanmerking wordt genomen en niet alleen gedurende de periode dat de aandeelhouder een groeps- of soort-aanmerkelijk belang bezit. Wetssystematisch lijkt het zo te zijn dat de aanmerkelijk-belangwinst berekend wordt met behulp van de verzachtingsregel indien deze berekeningswijze tot een geringere winst leidt dan de hoofdregel met inachtneming van artikel 79. Doordat de staatssecretaris deze twee regelingen combineert, wordt echter op grond van de verzachtingsregel nooit meer dan de aangroei van de desbetreffende reserve vanaf 1-1-1990 belast.

Voorbeeld 6:

Een BV heeft 3 soorten aandelenkapitaal uitstaan: A, B en C. Aandeelhouder X bezit vanaf 1 januari 1980 30% van de aandelen A. Zowel onder de oude als onder de nieuwe regeling van artikel 39,

lid 3 bezit hij geen aanmerkelijk belang. Op 1 mei 1993 koopt hij 10% van de aandelen A er bij zodat hij vanaf die datum een soort-aanmerkelijk belang bezit. Op 1 juni 1996 verkoopt hij zijn pakket aandelen.
1-1-1980: verkrijgingsprijs ƒ 25.000.
1-1-1990: w.e.v.* A-aandelen ƒ 80.000.
1-5-1993: w.e.v.* A-aandelen ƒ 90.000.
1-6-1996: vervreemdingsprijs ƒ 110.000.
1-1-1980: Stand dividendreserve A: nihil
1-1-1990: Stand dividendreserve A: ƒ 20.000.
1-5-1993: Stand dividendreserve A: ƒ 30.000.
1-6-1996: Stand dividendreserve A: ƒ 45.000.

* w.e.v. staat voor: waarde in het economisch verkeer.

De aanmerkelijk-belangwinst wordt berekend door de vervreemdingsprijs verminderd met de verkrijgingsprijs. De verkrijgingsprijs bedraagt in dit geval de waarde in het economische verkeer van de aandelen per 1-1-1990 omdat X aan de voorwaarden van artikel 79 voldoet (hij heeft op 1-1-1990 geen aanmerkelijk belang volgens de toen geldende regels en ten tijde van de vervreemding bezit hij een aanmerkelijk belang volgens de soortbenadering). De verkrijgingsprijs van zijn pakket bedraagt derhalve ƒ 33.000 (30% x ƒ 80.000 + 10% x ƒ 90.000). De overdrachtsprijs bedraagt ƒ 44.000 (40% x ƒ 110.000) zodat zijn aanmerkelijk-belangwinst ƒ 11.000 bedraagt.

Omdat X een soort-aanmerkelijk belang bezit, is tevens de verzachtingsregel op hem van toepassing. Op grond van deze berekeningswijze en de uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling (dat de waarde-aangroei van de winstreserves gedurende de gehele bezitsperiode in aanmerking moeten worden genomen), bedraagt de aanmerkelijk-belangwinst van X ƒ 15.000:
van 1-1-1980 tot 1-5-1993 groeit de dividendreserve aan met ƒ 30.000. X bezat gedurende die periode 30% van de aandelen, zodat op zijn aandelen ƒ 9.000 betrekking heeft.
van 1-5-1993 tot 1-6-1996 groeit de dividendreserve aan met ƒ 15.000. X bezat gedurende deze periode 40% van de aandelen, zodat op zijn aandelen ƒ 6.000 betrekking heeft.

Hier zou mijns inziens het verhaal afgelopen moeten zijn. X kiest voor toepassing van artikel 79 omdat dat voor hem een voordeligere uitkomst oplevert dan de toepassing van artikel 39, lid 3, derde volzin, tweede deel.
Volgens het voorbeeld van de staatssecretaris kunnen beide bepalingen gecombineerd worden, hetgeen tot een aanmerkelijk-belangwinst van ƒ 9.000 leidt:
van 1-1-1990 tot 1-5-1993 groeit de dividendreserve aan met ƒ 10.000. X bezat gedurende die periode 30% van de aandelen, zodat op zijn aandelen ƒ 3.000 betrekking heeft.
van 1-5-1993 tot 1-6-1996 groeit de didvidendreserve aan met ƒ 15.000. X bezat gedurende deze periode 40% van de aandelen, zodat op zijn aandelen ƒ 6.000 betrekking heeft.

Men kan zich afvragen of in dit geval artikel 79 daadwerkelijk van toepassing is. Naar de tekst van de wet wel. Maar de bedoeling van de opstapregeling was toch te voorkomen dat de soortbenadering niet al te ver gaande gevolgen zou hebben voor aandelen die op basis van de oude wetgeving niet tot een soort-aanmerkelijk belang behoorden en door de werkwijziging plotseling wel tot een soort-aanmerkelijk belang behoorden. In dit voorbeeld ontstaat het soort-aanmerkelijk belang niet alleen door de gewijzigde wetgeving. Door de aankoop van dat 10% pakket in 1993 ontstaat het soort-aanmerkelijk belang. Dat zou dan betekenen dat slechts de verzachtingsregel van toepassing is, zodat een aanmerkelijk-belangwinst van ƒ 15.000 (ƒ 9.000 + ƒ 6.000) in aanmerking genomen moet worden. Met een beroep op de tekst van de wet – waar de Hoge Raad vermoedelijk veel waarde aan zal hechten – kan echter ook de opstapregeling toegepast worden.

4 Geen verliesverrekening in geval van groeps- of soort-aandelen

In de derde volzin van het nieuwe derde lid blijkt tevens dat de verliesverrekening van artikel 60 en de verrekening in geval van liquidatie op grond van artikel 59 voor de groeps- en soort-aandelen buiten beschouwing blijft. Deze uitsluiting is

opgenomen om te voorkomen dat een aanmerkelijk-belangpositie wordt gecreëerd teneinde het aanmerkelijk belangverlies te kunnen verrekenen[16]. Indien een aanmerkelijk-belanghouder een soort-aanmerkelijk belang heeft door het uitstaan van quasi-preferente aandelen en hij zijn aandelen met verlies moet verkopen kan het derhalve aantrekkelijk zijn quasi-preferente aandelen om te vormen tot preferente aandelen als bedoeld in de tweede volzin. Hierdoor wordt het soort-aanmerkelijk belang omgevormd tot een echt aanmerkelijk belang en is de verliesverrekening van artikel 60 wel van toepassing.

5 Conclusie

Uit het voorgaande zal duidelijk geworden zijn dat de nieuwe regeling van het derde lid van artikel 39 zeer gecompliceerd is geworden. De nauwkeurige omschrijving van preferente aandelen brengt met zich mee dat bezitters van gewone aandelen zich in een soort-aanmerkelijk-belangpositie kunnen manoeuvreren, hetgeen aantrekkelijk kan zijn in verband met de toepasselijkheid van de verzachtingsregel. Daartegenover kan het in verband met de verliesverrekening juist aantrekkelijk zijn om in plaats van quasi-preferente aandelen, preferente aandelen uit te hebben staan. Elke situatie vereist het nodige puzzelwerk, hetgeen nog wordt versterkt door het feit dat niet altijd duidelijk zal zijn of sprake is van verschillende soorten aandelen. Ook omtrent de winstbepaling van soort-aanmerkelijk-belangaandelen bestaat onduidelijkheid. De wettekst lijkt uit te gaan van een keuze tussen de verzachtingsregel en de opstapregel indien beide van toepassing zijn, terwijl de staatssecretaris in een voorbeeld beide regelingen combineert. Tevens blijft het mogelijk om met behulp van niet volgestorte aandelen een aanmerkelijk belangpositie te omzeilen.

Noten

1 Wetsvoorstel nr. 21 033.
2 In BNB 1980/100 besliste de Hoge Raad vervolgens dat de winst behaald bij de vervreemding van dergelijke aandelen niet als aanmerkelijk-belangwinst aangemerkt kon worden.
3 Zie voor een gelijksoortig voorbeeld, Stevens, NOB-Nieuws, 3 mei 1991, Column.
4 Aldus de toelichting, p. 2.
5 WFR, 1990/5925, p. 1148; zie ook Mulder WFR 1991/5951, p. 293.
6 MvA, Eerste Kamer, p. 4.
7 Zie ook Van Dijk en Van Sonderen, M.B.B. nr. 4 april 1991, p. 109.
8 BNB 1987/235 en VN 1990, p. 442.
9 Schonis, TVVS 1988/8; Bartel FED 1987/238, Van Dijck. Het genieten van inkomsten, Fed. Fiscale Brochures, 2e druk, p. 67 e.v.; Juch, Van Dijckbundel, p. 215 e.v. en Lagerwaard, WFR 1991/5953, p. 390 e.v.
10 In dezelfde zin Hof Arnhem, FED 1990 nr. 113.
11 Van Dijckbundel, pp. 226 en 227
12 Blijkens de Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer p. 11, moet aangesloten worden bij de bezitsduur als aandeelhouder. De aanmerkelijk-belangwinst blijft derhalve niet beperkt tot de aangroei vanaf het moment dat er een aanmerkelijk belang volgens de soortbenadering wordt geconstateerd, doch strekt zich uit tot de aangroei gedurende de gehele bezitsperiode van de aandeelhouder.
13 Het is daarom raadzaam de balansen en bescheiden van de BV per 1 januari 1990 en een afschrift van de aangifte vermogensbelasting per 1 januari 1990 goed te bewaren. De vervreemding kan immers ver in de toekomst liggen en pas op dat moment wordt de opstapregeling van belang.
14 Hierbij is verondersteld dat de aandelen in de vijf aan de vervreemding voorafgaande jaren niet behoord hebben tot een echt, een echt aflopend of een fictief aanmerkelijk belang.
15 Ontleend aan de MvA.
16 Voor de kritiek op deze bepaling verwijs ik naar Van Dijck, WFR 1989/5861, p. 359; Blokland WFR 1989/5864, p. 457 en Kavelaars & Bruggink, WFR 1990/5924, p. 1108.